



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

TAYANNA BALBINO DE AVELAR

O DISCURSO DA PARENTALIDADE AFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

BRASÍLIA
2018

TAYANNA BALBINO DE AVELAR

O DISCURSO DA PARENTALIDADE AFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Júlio Cesar Lérias Ribeiro.

BRASÍLIA
2018

TAYANNA BALBINO DE AVELAR

O DISCURSO DA PARENTALIDADE AFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Júlio Cesar Lérias Ribeiro.

BRASÍLIA, _____ DE _____ DE 2018.

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador

Professor Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, a quem atribuo às oportunidades que tive em minha vida. Sempre me deu a opção de decidir qual caminho seguir, embora, por vezes, eu adotasse uma escolha desacertada. Por me guiar e ouvir-me em momentos difíceis, por ter me dado força e pelo seu amor para comigo. Pois, sem a Tua presença na minha vida nada disso seria possível.

Agradeço à paciência de uma pessoa muito especial em minha vida, Luís Felipe Parca Lopes, que está me acompanhando nessa caminhada. Sua paciência para comigo, suas palavras de auxílio e incentivo, seu amor e carinho que são fontes de renovação contínua de meu ânimo.

Agradeço aos meus pais, Luís Alberto e Ana Alice, pois cada conquista realizada por mim é reflexo dos ensinamentos deles. Agradeço ao meu irmão Djeyson Lourenço, que sempre me orientou e cuidou de mim, mesmo distante esteve presente em minha vida. Agradeço a minha irmã Tayara Avelar, que na nossa convivência diária, sempre ao meu lado, suportando todos os meus momentos de inquietação, alegria e tristeza. Dando-me sempre apoio. Obrigada!

Agradeço ao meu orientador Júlio Cesar Lérias Ribeiro, um profissional extraordinário, que com muita paciência e atenção, dedicou do seu tempo para me orientar. Obrigada pela confiança e os conselhos que me passou para que fosse possível a conclusão deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a paternidade afetiva e os elementos que a constitui, sua importância na formação dos seres humanos na sociedade e a sua regulamentação no ordenamento jurídico pois não temos uma legislação que trata apenas da paternidade afetiva, sendo, portanto, necessário a interpretação por analogia. Essa pesquisa mostra também que o afeto vem ganhado força no âmbito do Direito de família, pois já está tendo a possibilidade do reconhecimento da paternidade afetiva juntamente com a paternidade biológica.

Palavras-chave: Família. Afetividade. Discurso. Poder Familiar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O DISCURSO DA AFETIVIDADE NA DOUTRINA	8
1.1 Direito de Família Contemporâneo	8
1.2 Relação de Parentesco – Generalidade.....	12
1.3 Relação de Parentesco Afetivo.....	16
2 O DISCURSO DA AFETIVIDADE NO ORDENAMENTO VIGENTE.....	20
2.1 Relação de Parentesco Afetivo na Constituição Federal.....	20
2.2 Relação de Parentesco Afetivo no Código Civil de 2002.....	23
2.3 Relação de Parentesco Afetivo na Legislação Extravagante	26
3 O DISCURSO DA AFETIVIDADE NA JURISPRUDENCIA ATUAL	30
3.1 Efetividade no Discurso do Direito de Família Contemporâneo.....	30
3.2 Afetividade no Discurso do Exercício do Poder Familiar	38
CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo a análise do discurso da parentalidade afetiva no Direito Brasileiro. No Brasil, não se tem legislação específica sobre esse tema, portanto a análise ocorreu sobre os estudos jurisprudenciais e doutrinários, a partir de interpretações análogas dos preceitos normativos do direito de família.

A parentalidade afetiva é tema de indiscutível relevância jurídica e social nos tempos atuais, sendo regido pelo Direito de Família, ramo do direito que trata de agrupamentos de pessoas com vínculo conjugal de parentesco ou de afinidade.

A família é a base fundamental da sociedade. As diversas modificações no Direito de família em relação ao instituto de filiação estão ligadas ao vínculo afetivo, gerando discussões doutrinárias, decisões judiciais em lides familiares. Este novo conceito de família ter surtido diversos efeitos jurídicos patrimoniais, sucessórios e de proteção do vínculo de filiação.

O problema central da monografia diz qual a questão de se saber se é possível na interpretação do direito conceber-se o conteúdo do discurso da paternidade afetiva no Direito Brasileiro.

A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto conforme os discursos argumentativos doutrinários, legais e jurisprudenciais a serem desenvolvidos nos capítulos.

No primeiro capítulo apresentam-se os discursos argumentativos doutrinários que corroboram a hipótese em questão. Apresentando o surgimento da família brasileira e as evoluções que o direito de família enfrentou ao longo do tempo até chegar aos tempos atuais. Mostrando a família romana até chegar a família contemporânea, sendo abordado em generalidade as relações de parentesco e suas formas de constituição e, por fim, demonstrar a relação de parentesco afetivo e a sua importância na construção do vínculo de filiação.

No segundo capítulo serão abordados os fundamentos legais da paternidade socioafetiva, à luz da Constituição Federal de 1988, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ilustrado os princípios e as normas que regem o instituto da paternidade socioafetiva.

Por fim, no terceiro e último capítulo serão expostos os argumentos jurisprudenciais que bordaram a paternidade afetiva no discurso da pluralidade familiar que esta seguida do julgado que compreendeu que a existência da paternidade socioafetiva não exime a responsabilidade da paternidade biológica, sustentada no Recurso extraordinário 898.060 da Repercussão Geral nº 622 do Supremo Tribunal Federal. Será trazido também nesse capítulo o discurso da afetividade no exercício do poder familiar, a qual o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que os filhos deveram ser indenizados por pais que os abandonaram durante a infância ou juventude pelo Recurso Especial nº 1.159.242- São Paulo.

O referencial teórico será construído através da doutrina de autores como Paulo Lôbo, Sílvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz, Maria Berenice Dias, Nelson Rosenvals, Caio Mario da Silva Pereira e dentre outros autores. Estes autores expuseram suas opiniões acerca da paternidade afetiva.

A metodologia será embasada em pesquisas bibliográficas especializadas no ramo do Direito de Família, em diversos artigos e doutrinas. Está embasada também nas legislações acerca do tema e por jurisprudências dos tribunais brasileiros.

1 O DISCURSO DA AFETIVIDADE NA DOUTRINA

No primeiro capítulo apresentam-se os discursos argumentativos doutrinários que corroboram a hipótese em questão. Apresentando o surgindo da família brasileira e as evoluções que o direito de família enfrentou ao longo do tempo até chegar nos tempos atuais. Mostrando a família romana até chegar a família contemporânea, sendo abordado em generalidade as relações de parentesco e suas formas de constituição e, por fim, demonstrar a relação de parentesco afetivo e a sua importância na construção do vínculo de filiação.

1.1 Direito de Família Contemporâneo

A origem do nosso conceito de família veio de Roma. Em Roma a família estava submetida ao *pater família*. O *pater família* era aquele que chefiava todos os membros da família e possuía personalidade jurídica no âmbito familiar. A família era unida pela religião, cada família tinha os seus Deuses. Com o crescimento de Roma a família passou a ser influenciada pelo Direito Canônico, que chegou até nós através do Direito Português. Com o tempo, a importância política da família diminuiu, deixando de ser tão rígida como a família romana. Hodiernamente, a família é tratada em regra, como pequena família, um núcleo mais reduzido, que consiste entre pais e filhos.¹

No Brasil, o direito de família surgiu a partir da República, que dissociou o Estado da Religião, e instituiu o casamento civil, incumbindo ao Estado o dever de realizar também o matrimônio.

O Direito de Família é um ramo do direito que trata desses agrupamentos de pessoas que possuem um vínculo conjugal, de parentesco ou de afinidade. Os grupos de família podem ser de sangue, parentais ou secundários.

O Direito de família passou por três fases. A primeira fase tinha uma conotação religiosa e o poder patriarcal era muito grande. Na sua segunda fase, a conotação religiosa diminuiu, e surgiu um grande avanço, a criação da Lei de 1.949 que passou reconhecer filhos ilegítimos, e, além disso, na década de 60 com a Lei nº 4.121/1962 foi promulgado o estatuto da mulher casada. A mulher “deixa” de ser relativamente incapaz e começa a ter autonomia. Na

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011. p.5.

terceira fase, com a Constituição de 1988, ocorreu a constitucionalização do Direito Civil, sobretudo do Direito de Família.

Segundo Pablo Stolze, conceito de família seria, “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.²

O Direito de Família vem se adaptando as constantes transformações da sociedade, a qual vem se desligando dos preceitos obtidos das antigas civilizações, começando a se ajustar as novas transformações culturais.

Para Maria Helena Diniz, família seria conceitua como, “todos os indivíduos que estiverem ligados pelos vínculos da consanguinidade ou da afinidade. No sentido restrito, são pessoas unidas pelos laços do matrimônio”.³

A família é a base social da sociedade, pela concepção constitucional, ela pode decorrer do casamento, da união estável e de famílias monoparentais, que é a relação entre ascendentes e descendentes caracterizadas pela afetividade.⁴

O matrimônio ainda é o principal instituto da união das pessoas, ou seja, é a principal forma de início do agrupamento social denominado família. É um direito privado, talvez o mais privado de todos. Ainda assim é protegido pelo Estado.

O casamento é a comunhão de vida, tendo como alicerce a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, conforme o artigo 1.511 do Código Civil.⁵

O autor Rubens Limongi França, afirma que parentesco vem do latim *parens tis*, que por sua vez vem de *pario ere*, que significa gerar, parir ou dar à luz. ⁶ É um vínculo jurídico

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1081.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. 23 ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 9-10.

⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.37.

⁵ Art.1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. BRASIL. Lei 10.406,10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil: todo o direito civil num só volume**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 291.

natural que tem base na origem biológica, tendo uma ligação estabelecida em lei, que preservam direitos e deveres.

A filiação decorre da relação jurídica do parentesco, e sofre bastante influência dos valores consagrados pela Carta Magna.⁷ Um de seus valores que decorrem da Constituição é o da igualdade dos filhos, previsto no artigo 227, §6º, da CF/88.⁸

Não há mais diferenças entre família/filhos legítimos e ilegítimos, pois a filiação vem da afetividade gerada entre a família. Pois sendo filhos de uma união estável, casamento posterior, ou de simplesmente um envolvimento afetivo, devendo esse filho ser tratado com a mesma igualdade perante os outros.

Devida às inúmeras mudanças na filiação, avanços científicos que fez surgir o exame de DNA para a comprovação da paternidade biológica, na qual existe uma verdade real. Mas surgiu também com a sociedade, a verdade sociológica, o afeto, que traz uma nova cultura para a formação de uma família nos dias atuais.

A Parentalidade Biológica e afetiva está ligada a filiação, tanto consanguínea como socioafetivo, que é o vínculo de afeto.

A filiação socioafetivo, sofreu uma grande transformação com a Constituição Federal de 1988, pois passou a ter igualdade entre os filhos que forem surgindo fora ou dentro do casamento⁹, por uma união estável ou por um simples relacionamento afetivo passageiro.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.1289.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

A filiação socioafetiva tem relação de parentesco, que vem através do convívio social entre pessoas de uma família, e com esse convívio surge o afeto positivo, o amor.

O convívio dessa filiação são tratamentos de mães e pais para com os filhos (as) que não são seus, mas há um laço positivo e acabam acolhendo em seu seio familiar, como pais ou mães de coração e assumindo os deveres de cuidado, guarda, proteção e educação. Mostrando a sociedade que independentemente da relação consanguínea, pai e mãe são aqueles que cuidam e criam seus filhos de coração.

A comprovação dessa afetividade vem do convívio do dia a dia gerado entre as pessoas da família com a criança, não de um simples exame laboratorial.

A filiação biológica traz consigo a certeza que homem a qual a mulher teve relação é o pai/genitor daquela criança sem impor quaisquer dúvidas que forem surgindo no decorrer do crescimento e convívio dessa criança.

Contudo a filiação biológica traz a presunção da paternidade, ou seja, o vínculo genético. Essa verdade real pode demonstrar apenas a relação consanguínea e jamais uma relação de amor estabelecida pelo filho e seu pai. Desde modo àquele que forneceu o material genético é apenas o genitor, não necessariamente será o Pai desse filho, pois hoje em dia estabelecido pelo novo conceito de família que tem em si o afeto como uma relação de extrema relevância para a base social da família, não podendo mais impor que esse genitor seja o Pai, quando não se tem entre ele e a criança um afeto.

O afeto é algo de suma relevância para a criação de uma criança. A inexistência do afeto na relação familiar acaba gerando e trazendo consigo a falta de desinteresse desse pai para o filho que ele fecundou, e a irresponsabilidade no seio familiar.¹⁰

A parentalidade biológica muitas vezes é deixada de lado quando há dissolução do casamento ou de uma relação passageira, pois o afeto existente entre o Pai ou Mãe é cortado. Com isso a pessoa que deixou esse casamento ou relação acaba por si só, deixando de lado uma criança, achando apenas necessário a obrigação financeira, e esquecendo que a criança dessa

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 281.

relação necessita também de um afeto, um amor e um cuidado. Pois o cuidado deverá, em tese, ser de ambos, não apenas de um.

1.2 Relação de Parentesco – Generalidade

As pessoas se unem para constituir uma família, e essa união vem em virtude ao vínculo conjugal, de parentesco por afinidade e consanguinidade.

O jurista Rubens Limongi França define parentesco como “o liame que vincula as pessoas oriundas de uma ascendência comum (parentesco consanguíneo), ou quer pela transmissão do pátrio poder (parentesco civil), quer pelos efeitos do matrimônio (parentesco afim)”.¹¹

Maria Helena Diniz, igualmente em uma visão clássica, conceitua o parentesco como sendo: “O vínculo existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um tronco em comum, mas também entre o cônjuge e os parentes do outro e entre adotante e o adotado”.¹²

O conceito de parentesco pode surgir de duas formas, no seu sentido estrito e no sentido amplo.

Como mencionado pelo jurista Rubens Limongi França, o parentesco no seu sentido estrito, é o vínculo que une duas ou mais pessoas perante a ascendência comum, ou seja, pessoas que descendem de um mesmo tronco a partir dos pais, avós e filhos.

Já o conceito de parentesco no seu sentido amplo é o estudo pela matéria Direito de Família, ou seja, que abarca o Código Civil Brasileiro, pois inclui o parentesco por afinidade e o decorrente da adoção.

Portanto quando há o reconhecimento da relação de parentesco, a lei proporciona efeitos relevantes, decretando deveres e direitos recíprocos entre os parentes.

¹¹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil: todo o direito civil num só volume**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.291.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.295.

O sistema jurídico brasileiro classifica a relação de parentesco de três formas: A primeira forma é o parentesco natural que decorre da mesma origem biológica, descendendo de um ancestral ou descende comum, de forma direta ou indireta.¹³

Segundo Maria Helena Diniz, a filiação consanguínea nem sempre provem de uma união sexual, pode originar-se de uma inseminação artificial homóloga ou fertilização in vitro.¹⁴

Para Carlos Roberto Gonçalves, a filiação biológica no sentido estrito é a relação jurídica que liga o filho ao seu pai, considerando-se uma filiação propriamente dita.¹⁵

Nesse contexto, é de grande relevância falar da presunção de paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento, antes da Constituição Federal de 1988, era considerado impossível que uma mulher casada tivesse um filho fora do casamento, ou seja, que não fosse de seu marido. Por isso possuía a filiação biológica.

No Código Civil de 2002, no que lhe diz respeito, manteve a presunção *pater is est* em seu artigo 1.597 no Código Civil de 2002¹⁶, não interferindo na classificação de filiação legítima ou não. Trata-se, por tanto, de uma presunção juris tantum, que admite prova em contrário a ser apresentada pelo pai, através de contestação de paternidade, chamada por uma ação negatória de paternidade.¹⁷

Contudo essa ação de negatória de paternidade tem como objetivo excluir a presunção legal de paternidade. O Código Civil em seu artigo 1.601¹⁸, que se trata de ação imprescritível, já que envolve direitos de personalidade.

¹³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 37.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 396.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 281.

¹⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - Nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 21 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 441.

¹⁸ Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

A filiação biológica é aquela desinente da consanguinidade, conhecida como a verdade real. Cientificamente podemos defini-la quando o sêmen masculino se une ao óvulo, sendo por fecundação natural ou artificial.

Contudo, a paternidade biológica nem sempre será à verdadeira paternidade, apesar de ser imposta por uma sentença judicial, nada pode obrigar um pai biológico a exercer sua paternidade, com todos os direitos e deveres inerentes a essa paternidade.¹⁹

O parentesco civil é aquele que o Direito reconhece, abrangendo assim todos os outros tipos de parentesco²⁰, como o parentesco ligado pelo elo do afeto, ou seja, por afinidade. Sendo assim o parentesco civil não abrange apenas o consanguíneo, pois esse decorre do parentesco biológico.

Logo após a Constituição Federal de 1988, o casamento deixa de ser a única forma de constituir família e com a consequente valoração do afeto em detrimento dos fatores biológicos para reconhecer uma relação de parentesco. Além do mais, com o avanço da ciência e a descoberta do DNA, o processo do descobrimento da filiação biológica foi facilitado, sendo assim possível descobrir a origem genética.²¹

Por tanto, todos tem o direito de saber sua origem genética, mas isso não quer dizer que ela corresponderá com a paternidade de fato. O vínculo biológico, não significa que deverão ser gerados todos os efeitos jurídicos civis decorrentes de paternidade e filiação.

Para a configuração da posse de estado de filho, trata-se de uma presunção *juris tantum* do estado de filiação, que devemos levar em consideração três aspectos: nome, tratamento e fama. O nome será o que é utilizado pela família. O tratamento respeita à forma como a criança é tratada pela família e como é considerado por ela. Já a fama refere-se à opinião pública e ao reconhecimento da sociedade de que aquela criança é, de fato, parte daquela família de seus pais.²²

¹⁹ COSTA, Juraci. Paternidade Socioafetiva. **Revista Jurídica – CCJ/FURB**, v. 13, nº 26. p.127-140, 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889>>. Acesso em: 08 set. 2017.

²⁰ Art.1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 372.

²² DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 21 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006. p.456.

Considerando esses três aspectos, a jornada de Direito Civil em um de seus enunciados deixou claro que a posse do Estado de Filho, ou seja, parentalidade socioafetiva, constitui uma modalidade de parentesco civil.²³

A Paternidade socioafetiva, é reconhecida pela Constituição Federal de 1988, ao considerar o princípio da dignidade humana, acabando com a percepção da verdade biológica.

A Constituição Federal acrescentou a afetividade a fim de definir as relações familiares. A importância dessa afetividade, sendo considerada como um direito fundamental para a formação da família²⁴ trouxe consigo o conceito de paternidade socioafetiva, para o reconhecimento de uma filiação ou não.

Contudo, podemos dizer que a paternidade socioafetiva pode ser definida como aquela que ultrapassa a paternidade biológica, com a primazia do afeto na convivência familiar, sendo ela uma opção e não um dever.²⁵

No ordenamento jurídico, além desse princípio, há um princípio de suma relevância o do melhor interesse da criança, que valoriza o critério socioafetivo em detrimento do biológico, a fim de proteger os filhos, bem como os seus direitos, no âmbito familiar.²⁶

O parentesco afetivo não está previsto de forma expressa no texto legal, ele poderá ser compreendido no artigo 1.593²⁷ do Código Civil Brasileiro, pela expressão “outra origem”. Ao falar em outra origem no artigo 1.593²⁸, o Legislador estabelece que a paternidade possa ser reconhecida de outras formas que não seja apenas pelo vínculo sanguíneo.

Dessa maneira, podemos perceber que a simples afinidade genética se torna insuficiente para verificar a existência de uma relação de paternidade. Para isso, devemos

²³ BRASIL. Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 256 das Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 381.

²⁵ COSTA, Juraci. Paternidade Socioafetiva. Revista Jurídica – CCJ/FURB, v. 13, nº 26. p.127-140, 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889>>. Acesso em: 08 set. 2017.

²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais - O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 482-483.

²⁷ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/110406.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁸ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Brasil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/110406.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

entender a diferença entre pai e genitor, visto que o primeiro é aquele que cria, que demonstra afeto, amor, que protege e que educa, ou seja, é aquele responsável por ensinar os verdadeiros valores que a pessoa passará a ter. Enquanto o genitor é apenas aquele que doa o sêmen, o que gera, não tendo nenhum vínculo de afeto. Ele poderá ser obrigado, no máximo, prestar assistência material através de uma sentença judicial. Podemos concluir que pai aquele que de fato está presente na vida da criança, exercendo os direitos e deveres. Já o genitor é aquele que apenas exerce os deveres de cunho financeiro.²⁹

O verdadeiro sentindo da paternidade estaria no convívio social do filho, assumindo os deveres inerentes à sua condição, ainda que não fosse o genitor dessa criança. A constatação da posse de estado de filho será oriunda da verdade aparente.

A Constituição Federal de 1988 valoriza o elo afetivo na relação de paternidade e filiação, pois é muito mais importante o afeto, carinho, amor, consideração e companheirismo mútuo do que fatores genéticos ou jurídicos.

1.3 Relação de Parentesco Afetivo

No direito de Família podemos dizer que a filiação é o vínculo parental de suma relevância para esse direito. Pois é nela que está a relação jurídica que decorre do parentesco biológico ou do parentesco afetivo. A terminologia usada para a relação de pai aos seus filhos é a paternidade e a terminologia usada para relação de mãe em relação aos seus filhos é a maternidade. Mas usamos apenas uma terminologia para definir ambas as relações à paternidade.³⁰

A relação de parentesco afetivo está ligada a posse do estado de filho que o Código Civil define em seu artigo 1.593 pela expressão outra origem, ressaltando também que os filhos, havidos ou não de uma relação de casamento ou doação, terão os mesmos direitos e qualificações, proibida qualquer discriminação entre a filiação.³¹

²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 420.

³⁰ MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Instituições de direito de Família**. São Paulo: LED, 2000. p. 220-223.

³¹ Art.1596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Brasil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/110406.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

Podemos dizer também que a relação de parentesco afetivo é uma das espécies de paternidade em que não possui um vínculo biológico, mas sim um vínculo socioafetivo que identificamos pelo carinho, pelo amor, pelo respeito, pelo cuidado e pela convivência entre a criança e seus pais no dia a dia. Entendemos então que essa paternidade tem um viés sociológico e não jurídico.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, o afeto possui uma origem constitucional, ele complementa da seguinte forma: O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; E é a evolução de valores da civilização ocidental que levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre os filhos. Sendo família como grupo social fundado por laços da afetividade, que encontramos na Constituição Federal quatros elementos essências do princípio da afetividade.³²

Esses princípios que Paulo Lôbo menciona são os que o ordenamento jurídico brasileiro fundamentou que todos terão o direito a uma convivência familiar, ou seja, uma família constitucionalmente protegida. E com esses princípios e direitos de uma família protegida transformou a criança como um sujeito de direito. Dando assim uma relevância ao princípio máximo da constituição que é a dignidade da pessoa humana. Proibindo assim quaisquer discriminações à filiação, dando segurança aos direitos e deveres as crianças nascidas dentro ou fora de uma relação matrimonial.

Contudo, a paternidade socioafetiva estabelece uma filiação baseada no comportamento das pessoas que o integram, como a convivência e o amor demonstrado, para revelar quem efetivamente são os pais que possuem o elo de amor e respeito com a criança.

Por sua vez, podemos dizer que o direito à convivência familiar é qualificado e não absoluto. Devendo o Ordenamento Jurídico Brasileiro criar soluções para que as pessoas ligadas a esse vínculo afetivo possam ter os mesmos direitos e deveres as que possuem o vínculo biológico.

A primeira solução criada foi a de caracterizar o que seria a paternidade socioafetiva. E para caracterizar foi preciso estabelecer três requisitos: o afeto, o estado de posse de filho que está elencado no artigo 1.596 do Código Civil e a vontade recíproca dos interessados em construir uma família.

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 42.

A segunda solução que o Ordenamento Jurídico Brasileiro impôs foi a quebra da disputa que existe entre a paternidade socioafetiva com a paternidade biológica. Pois com os avanços da tecnologia foi imposto que a paternidade biológica era prevalente a paternidade socioafetiva, devido ao exame de DNA que garantia o vínculo consanguíneo entre o pai e a criança, sendo eficaz atribuir a paternidade.

O Superior Tribunal de Justiça elaborou a súmula 301, que ressalta que uma ação investigatória de paternidade não poderá haver recusa do exame de DNA e caso aja essa recusa terá a presunção *juris tantum* de paternidade.³³

Em princípio, esse entendimento da paternidade biológica em prevalência a paternidade socioafetiva começou a mudar, pois começou a ser entendido que para se ter uma paternidade responsável era necessário que houvesse cuidado, proteção, amor, zelo e interesse juntamente com a reciprocidade entre os pais aos filhos.

Quando a Justiça e a sociedade começaram a impor que a paternidade biológica era a verdade real, para o simples dever patrimonial, começou a ter descasos entre os pais biológicos que não possuía nenhum vínculo afetivo com a criança deixando de cumprir o seu papel emocional e afetivo que todo pai deveria ter.

A sociedade e os Julgadores começaram a perceber que não valia a pena prevalecer a paternidade biológica em detrimento a paternidade socioafetiva, pois nem toda criança tinha o carinho, o amor, a proteção que deveria ter em seu seio familiar. Essa criança tinha apenas a garantia meramente patrimonial e o direito ao sobrenome do pai ao seu.

O ordenamento Jurídico começou a perceber que o afeto possuía um valor de grande importância, pois ele permeava inúmeras relações jurídicas, no campo do Direito de Família. Sendo necessário o tempo de convivência, em razão de que só através dessa convivência nascia o respeito, o amor, a cumplicidade e o afeto nas relações humanas.

Por outro lado, para exercer o papel de pai e mãe é preciso que seja uma decisão voluntária, pois quando a justiça força pelo reconhecimento judicial não há os papéis de mães

³³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

e pais de verdade. Podemos então concluir que para o bem do desenvolvimento da criança é necessária uma relação afetiva.

O reconhecimento da paternidade no Código Civil Brasileiro, revela que não se pode obrigar ninguém a zelar, conviver ou ter uma relação afetiva por outra pessoa. Por tanto há obrigação na responsabilidade do exercício da paternidade que está ligada ao princípio que rege toda a sociedade, a dignidade da pessoa humana e é um direito do filho ter esse reconhecimento.³⁴

Para Maria Helena Diniz, o parentesco socioafetivo está baseado na maioria das vezes na relação de afeto que é gerada pela convivência.³⁵

Assim podemos concluir que a relação da paternidade afetiva será estabelecida pelo vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, ou seja, consanguíneo, mas vive com se parentes fossem, devido o laço de amor e afeto existente entre elas. Com esses requisitos podemos afirmar que o parentesco não é o único requisito essencial que caracteriza uma família.

Sendo assim que a umas das primeiras condições para essa paternidade é o laço de afeto.

³⁴ VENCEULAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 113.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 469

2 O DISCURSO DA AFETIVIDADE NO ORDENAMENTO VIGENTE

No segundo capítulo serão abordados os fundamentos legais da paternidade socioafetiva, à luz da Constituição Federal de 1988, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ilustrado os princípios e as normas que regem o instituto da paternidade socioafetiva.

2.1 Relação de Parentesco Afetivo na Constituição Federal

O Direito é composto por um conjunto de normas que formam o ordenamento jurídico brasileiro. E esse ordenamento que o Brasil adota é formado pela teoria pura do direito de Hans Kelsen e pela teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio.

Hans Kelsen propôs a teoria da hierarquização das normas jurídicas para demonstrar a validade das normas jurídicas. Para Kelsen o direito está escrito em normas e dentre essas normas temos a norma principal a Carta Magna.

Para a teoria de Kelsen, a Constituição Federal se encontra no ápice, portanto todas as outras normas que se encontra abaixo dela como as leis complementares, leis ordinárias, decretos, são normas de sentido amplo devendo assim, reverencia-la para serem validas e assim produzir efeitos na sociedade.³⁶

Norberto Bobbio propôs a teoria do Ordenamento Jurídico, podemos dizer que essa teoria complementa a Teoria de Hans Kelsen, pois ela diz que o ordenamento jurídico precisa conter várias fontes normativas. Essas fontes normativas serão usadas no direito para todo e quaisquer casos que vá ao poder judiciário. Assim o Juiz terá o auxílio de diferentes fontes normativas para solucionar os conflitos.

A Carta Magna é composta por regras e princípios. As regras são aquelas que possuem uma proibição e impõe a todos algo que deve ser cumprido. Os princípios podemos dizer que se encontra abaixo das regras pois são qualitativos e valorativos que flexibiliza o sistema.³⁷

³⁶ VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional: atualizado até a EC n.90/2015**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 51-54.

³⁷ PIRES, Antonio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#books/9788530970598/>>. Acesso em: 05 set. 2018.

Antes da Constituição Federal de 1988 o Código Civil era o qual tratava do direito da família, e só reconhecia uma forma de família, que era a formada pelo matrimônio e esse reconhecimento merecia a proteção do Estado. O legislador não reconhecia ao que chamamos hoje de união estável como família, com isso o Estado não protegia esse tipo de família.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 esse paradigma antigo do conceito de família foi quebrado, dado que família era aquela formada pelo casamento. Contudo a Constituição Federal passou a reconhecer e proteger outros tipos de família na base da sociedade, conforme o artigo 226 da CF, a união estável e a família monoparental que é aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes.³⁸

O Direito era dividido como público e privado. Através da constitucionalização o Direito de Família se torna parte do Direito Constitucional, imputando deveres ao Estado e à sociedade. O Direito Civil se apresenta totalizante, ou seja, tudo se resolvia pelo código civil. Hoje com a essa constitucionalização, a constituição contém normatividade hábil a permitir a possibilidade jurídica da parentalidade afetiva.

Portanto, os antigos princípios do Direito de família foram desfeitos, surgindo outros, dentro dessa proposta de constitucionalização. Em vista disso, os princípios Constitucionais trouxeram profundas transformações nas estruturas do Direito de Família, que são os princípios fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, a igualdade de gêneros e de filhos, a solidariedade familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.

A normatividade da Dignidade da pessoa humana³⁹ estabeleceu uma releitura dos institutos do direito civil, atribuindo uma reanálise dos institutos do direito civil, fornecendo às relações de família um tratamento mais equânime e em conformidade com a nova realidade

³⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 set. 2018.

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III. A Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2018

social. Esse princípio no Âmbito familiar estabelece aos membros o dever de respeito, permitindo assim uma existência ordenada pela dignidade e comunhão de vida.

O princípio da igualdade, da mesma forma consagrado pelo texto constitucional, provocou uma revolução nas relações familiares. Estabelecendo igualdade entre homens e mulheres⁴⁰ nos direitos e deveres na sociedade conjugal.⁴¹ Esse princípio abrange os vínculos de filiação, proibindo qualquer desigualdade entre os filhos dentro ou fora do casamento.

O Atual Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade, que é um princípio de suma importância para se formar uma família. Não está regulamentado na legislação, mas é um dos princípios implícito do direito constitucional brasileiro, pois possui um valor incontável para as relações familiares, a interação entre as pessoas no dia a dia é o afeto, e não obrigatoriamente o amor, que é uma de suas facetas. O amor é o afeto positivo e o ódio seria o afeto negativo desse princípio ligado ao Direito de Família Contemporâneo.⁴²

O princípio da afetividade em tese tem fundamento constitucional, pois vem da união dos princípios da dignidade da pessoa humana, que está previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal⁴³ a qual as pessoas têm a dignidade física, mental, emocional, intelectual intacta e resguardada sempre pelo Estado. O segundo princípio fundamental para essa união, é o da solidariedade, previsto no artigo 3º, inciso III da Constituição Federal⁴⁴ que consiste na preocupação com o próximo; no amparo às pessoas sem buscar o retorno, e é uma busca para construir uma sociedade mais livre, justa e solidária, ou seja, podemos compreender a solidariedade com a fraternidade e a reciprocidade, pois a Constituição Federal em seu

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. p. 281.

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.1º. A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático e tem como fundamentos: III – A dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

preambulo assegura uma sociedade fraterna. Por fim, o ultimo princípio base dessa união é o da isonomia, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.⁴⁵

A família é a base social da sociedade, pela concepção constitucional, ela pode decorrer do casamento, da união estável e de famílias monoparentais, que é a relação entre ascendentes e descendentes caracterizadas pela afetividade.⁴⁶

Para Paulo Lôbo, a afetividade é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares.⁴⁷ Ou seja, a entidade familiar apenas existirá enquanto existir afeto entre o casal. No momento em que deixar de existir, não haverá mais sentido a comunhão da vida.⁴⁸

2.2 Relação de Parentesco Afetivo no Código Civil de 2002

No século XX com influência do Direito Romano o patriarcalismo era adotado no Código Civil de 1916. Só poderíamos considerar família nesse século aquela que era instituída pelo matrimônio, pois, o Código Civil de 1916 estava ligado ao direito Canônico e com a indissolubilidade do vínculo matrimonial. Contudo outras formas de união ficavam fora da legislação do século, pois não tinha o vínculo afetivo entre os elementos que formam a família, e por isso, não tinha relevância jurídica. Nesse ordenamento, só considerava parentesco legítimo quando se celebrava a união matrimonial entre duas pessoas, e ilegítimo, quando não tinha a celebração dessa união. Sendo assim, podemos dizer que na vigência desse código o Estado só protegia a família legítima.

Conforme o Artigo 219, inciso IV do código civil de 1916, o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, o defloramento da mulher, ignorado pelo marido⁴⁹, sendo assim, a mulher que não fosse mais virgem haveria a dissolução de seu casamento, conforme o artigo

⁴⁵BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

⁴⁶TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 37.

⁴⁷LÔBO, Paulo. **Famílias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68.

⁴⁸GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08**. São Paulo: Atlas, 2008. p.84.

⁴⁹BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1 de janeiro de 1916. Art.219.Considera se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: IV - O defloramento da mulher, ignorado pelo marido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

220 do Código Civil de 1916.⁵⁰ Não obstante podemos reconhecer que a cultura durante a vigência do Código Civil de 1916, colocavam as mulheres em posições de incapazes para exercer alguns atos, mantendo-as em condições de inferioridade perante o Homem.

Estava elencado no Código Civil de 1916 no artigo 233, que o marido era o chefe da sociedade conjugal,⁵¹ ou seja, caberia ao marido representar, administrar a família e seus bens. E para mulher caberia a ela assumir o papel de companheira e colaboradora nos encargos da família.⁵² Criando assim costumes e valores culturais de desigualdade entre os gêneros.

Em síntese, o Estado Moderno encontra-se sob a proteção do Direito. Já que para viver em uma sociedade pacífica e permitindo que os integrantes dessa sociedade tenham uma convivência mútua entre si, e necessário que se criam normas.

O Código Civil de 2002 apresenta um progresso em relação ao Código Civil de 1916. Para ocorrer esse progresso foram necessárias várias transições históricas, como por exemplo, a crise do patriarcalismo. Essa crise ocorreu devido alguns movimentos feministas, que acabou colocando obstáculos a postura machista que estava implantada na época do Código Civil de 1916. Aonde a mulher era inferiorizada nas relações sociais que acabava refletindo no âmbito familiar. O único valor que a mulher possuía na época do Código Civil de 1916 era a de função maternal e educadora de seus filhos.

A Constituição de 1988 instaura a constitucionalização do Direito Civil. A começar dessa constitucionalização, o Código Civil passar a ser interpretado e conformidade com a Lei Maior. Contudo, as relações de parentalidade passam obterem uma relevância.

O Código Civil de 2002, afirma que o parentesco pode ser natural ou civil⁵³, decorrendo de laços sanguíneos ou decorrentes de situações que o direito possa reconhecer,

⁵⁰ BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1 de janeiro de 1916. Art.220. A anulação do casamento, nos casos do artigo antecedente, só poderá demandar o outro cônjuge e, no caso do nº IV, só o marido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁵¹ BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1 de janeiro de 1916. Art.233. O marido é chefe da sociedade conjugal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁵² BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1 de janeiro de 1916. Art.240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁵³ Art.1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Brasil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso: 15 março 2018.

como adoção, a socioafetividade e afinidade⁵⁴. Contudo podemos perceber que o Código Civil de 2002 interpreta várias formas de relações de parentesco, colocando em relevância a afetividade e a responsabilidade em uma família.

Para os autores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, o parentesco possui várias formas como: o vínculo biológico e afetivo. No vínculo socioafetivo os autores mencionam que o amor, o carinho, o cuidado recíproco entre pessoas que se tratam com respeito como pais e filhos não podem ser diminuídos, sob pena de ferir os preceitos da isonomia constitucional.⁵⁵ Sendo assim, para esses autores essa relação de parentalidade não independe do elo genético e sim da veemência de afeto entre essas pessoas.

A proteção do Estado está voltada para os indivíduos que fazem parte de uma família constituída por laços afetivos, criando assim uma doutrina que podemos chamar de: posse de estado de filho. Com isso Maria Helena Diniz, entende que acolher uma pessoa estranha como filho, é o método da adoção. Sendo adoção um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre ambos (adotante e adotado) um liame legal de paternidade e filiação civil⁵⁶.

As famílias contemporâneas socioafetivas nascem dos cuidados, amor, afeto e compromissos do dia-a-dia. A importância do princípio da afetividade, a qual já está relatada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, §4º, preserva outras formas de instituições familiares diferentes da concebida pelo matrimônio.⁵⁷

O autor Caio Mário, define a paternidade socioafetivo como aquela que advém do vínculo afetivo, entendendo-se que a legitimação dessa relação jurídica não se dá pelo fator biológico e nem pelo jurídico. Dá-se pelo amor vivido pelos pais e filhos afetivos.⁵⁸

Podemos concluir que estado de posse de filhos afetivos não podem haver distinção entre filhos biológicos sendo assim terão que ter as mesmas condições.

⁵⁴ FARIAS, de chaves Cristiano; Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 536.

⁵⁵ FARIAS, de chaves Cristiano; Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 537.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 416.

⁵⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 18 ed. v. 5. p. 413.

O afeto a cada dia vem sendo admitido no mundo jurídico, pois acaba colocando o bem-estar da criança nessa família afetiva em primeiro lugar.

O código civil de 2002, não reflete muito à atual realidade da sociedade, pois não há muito amparo legal em relação a paternidade socioafetivo. Mas essa relação é reconhecida pela constituição que acaba visando os interesses da criança. O legislador deveria repensar o texto do atual código civil, para se adequar a realidade das novas famílias, onde os laços afetivos são relevantes.

2.3 Relação de Parentesco Afetivo na Legislação Extravagante

A Constituição Federal usa o discurso que a família é a base da sociedade e tem proteção do Estado.⁵⁹ Demonstrando então que a Lei Maior responsabiliza o Estado para garantir os direitos e deveres que será o alicerce para uma família.

O legislador no Código Civil ao discorrer que o casamento estabelece comunhão plena de vida, acaba de definir como se começa o núcleo familiar⁶⁰. Para o Código civil o núcleo familiar vem da união de pessoas que queiram formar vínculos é com isso estabelecer uma família.

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a base familiar possui uma relevância extraordinária, dado que é do convívio familiar que a criança se desenvolve mentalmente, fisicamente e sociavelmente, dado que é do meio familiar que as crianças têm as suas primeiras experiências com o mundo.

Por tanto o indivíduo bem antes de nascer vem sendo resguardado pelo Direito de Família. Esse direito vem acolhendo os seres humanos durante a vida e depois da sua morte, através do direito sucessório, procurando dar ao indivíduo segurança e proteção.⁶¹

O conceito de família traz consigo uma responsabilidade e um peso muito grande, pois vem se criando no momento atual um novo modo de se construir uma família ligada no elo afetivo.

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

⁶⁰ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

⁶¹ Dias, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 107.

Podemos dizer que a paternidade socioafetiva é um dos grandes institutos que está lado a lado com ao princípio da dignidade humana, pois a paternidade responsável deriva do afeto e da convivência familiar e o princípio da dignidade humana traz consigo aplicabilidade dos direitos fundamentais para o desenvolvimento saudável de qualquer ser humano no âmbito familiar e social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a proteção integral que foi originada na Convenção sobre os Direitos da Criança⁶², aprovada pela ONU, e instituída no artigo 227 da Constituição Federal, *in verbis*:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, **o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§1º O Estado promoverá programas de **assistência integral** à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos.”⁶³ (Grifo do autor)

Portanto fica entendido que os pais afetivos ou biológicos deveram ter direitos e deveres perante os seus filhos. O artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁴ em conjunto com o artigo 227 da Constituição Federal⁶⁵ deixa clara a preservação dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Com a criação da Convenção sobre os Direitos da Criança ficou corroborado que o cuidado e a proteção a qualquer criança ou adolescente é um fator de essencial de dever aos pais, independentemente se for consanguíneo ou afetivo.

⁶² BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁶³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁶⁴ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 13 de julho de 1990. Art.1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

Para o doutrinador Caio Mário:

“A convenção consagra a “Doutrina Jurídica da Proteção Integral, ou seja, que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem atuar de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado”.⁶⁶

O princípio do melhor interesse da criança dispõe sobre a proteção integral e do princípio da dignidade humana. O princípio da prioridade absoluta prevê que é dever da família, da sociedade a efetivação dos direitos inerentes à vida, à saúde, ao lazer e entre outros que estão dispostos no artigo 4º do Estatuto da Criança e do adolescente.⁶⁷

Neste interim, o estatuto da criança e do adolescente elenca inúmeros direitos que os pais têm para com seus filhos, e um desses direitos é o da convivência familiar que está previsto no artigo 19 do ECA.⁶⁸ O Legislador nesse artigo estabelece que toda criança tem direito de crescer e ser amada em um ambiente familiar, sendo de família natural – biológica, ou de uma família substituta - afetiva. Esse direito da criança de ser criada e educada no seio de sua família é considerado um direito fundamental, visto que todos os indivíduos deverão ter um ambiente digno de compreensão, respeito, amor, felicidade e proteção.

A função de qualquer família encontra-se pautada no sentido do afeto entre as pessoas que a formam. Quando afetividade está presente logo teremos uma ligação mútua que gera a todos os pais os deveres de sustento, amparo, proteção, carinho e educação aos seus filhos.

Independentemente de toda assistência material que os pais biológicos ou afetivos assegurem aos seus filhos e esse relacionamento for inseto de afeto não irá corresponder à função paternal que tem que existir no seio familiar.

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 18 ed. v. 5. p. 413.

⁶⁷ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 13 de julho de 1990. Art.4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁶⁸ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 13 de julho de 1990. Art.19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

Para Caio Mário, a família no senso estrito, se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Exercendo assim autoridade, participação na criação, educação e entre outros. Sendo assim se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e recíproca.⁶⁹

Por fim, podemos dizer que o direito a convivência familiar possui um elo entre a formação e o direito a dignidade do desenvolvimento integral do adolescente ou da criança.

Maria Berenice relata nesse mesmo contexto que:

“A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar”.⁷⁰

Podemos afirmar que o infante-juvenil é a etapa que dispõem a maior relevância para o desenvolvimento humano, visto que é dessa etapa que ocorre desenvolvimento social e psíquico dos seres humanos perante a sociedade.

Para José Bernardo Ramos Boeira:

“A Paternidade socioafetiva é única garantidora da estabilidade social, pois um filho reconhecido como tal, no relacionamento diário e afetivo, certamente, formará uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano. Além disso, ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética”.⁷¹

O Estatuto da Criança e do Adolescente ressalta o princípio do melhor interesse da criança que está sendo usado nas decisões que contem casos em que as crianças e os adolescentes estão submetidos.

⁶⁹ PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 18 ed. v. 5. p. 413.

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 45.

⁷¹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de Estado de filho**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999. p. 53.

3 O DISCURSO DA AFETIVIDADE NA JURISPRUDENCIA ATUAL

No terceiro e último capítulo serão expostos os argumentos jurisprudenciais que bordaram a paternidade afetiva no discurso da pluralidade familiar que esta seguida do julgado que compreendeu que a existência da paternidade socioafetiva não exime a responsabilidade da paternidade biológica, sustentada no Recurso extraordinário 898.060 da Repercussão Geral nº 622 do Supremo Tribunal Federal. Será trazido também nesse capítulo o discurso da afetividade no exercício do poder familiar, a qual o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que os filhos deveram ser indenizados por pais que os abandonaram durante a infância ou juventude pelo Recurso Especial nº 1.159.242- São Paulo.

3.1 Efetividade no Discurso do Direito de Família Contemporâneo

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL 622. RE 898060/SC- SANTA CATARINA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).

9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio).

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que

merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, §7º).

16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”.

(RE 898060, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRONICO REPERCURSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017).⁷²

A Repercussão Geral de número 622 do Supremo Tribunal Federal, julgada no ano de 2016, compreendeu que a existência da paternidade socioafetiva não exime a responsabilidade da paternidade biológica.

O processo que ocasionou esse recurso extraordinário com a repercussão geral foi de uma filha e o pai socioafetivo que estavam de acordo em requerer a desconstituição da paternidade afetiva que se encontrava reconhecida em seu registro de nascimento, em face do reconhecimento da paternidade biológica que veio constado de um exame de DNA feito através de um pedido judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.⁷³

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina em razão do reconhecimento da paternidade biológica estabeleceu deveres para o genitor e dentre esses deveres o pagamento de alimentos. O genitor biológico inconformado com a decisão interpôs um Recurso Extraordinário alegando a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica, pois a alimentante já teria um pai socioafetivo, que estava sua certidão de nascimento. Alegando que sua filha pleiteava esse reconhecimento em razão de um interesse meramente patrimonial. Com isso requereu apenas que ficasse mantido o reconhecimento da paternidade biológica e que fossem excluídas as obrigações jurídicas decorrentes dela, devendo ser transferida essas obrigações ao pai socioafetivo.⁷⁴

⁷² BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

O Supremo Tribunal Federal concedeu ao Instituto Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, a função de *amicus curiae* nessa repercussão que estabeleceu a tese de: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios”.⁷⁵ O IBDFAM sustentou a inviabilidade de efeitos patrimoniais por razão do reconhecimento do vínculo biológico. Em virtude do princípio da igualdade dos filhos elencado no artigo 227, § 6º da Carta Magna⁷⁶ e no artigo 20 do estatuto da criança e do adolescente⁷⁷. O instituto ressaltou que não se pode desconstituir a paternidade socioafetiva apenas com o fundamento do reconhecimento da biológica.⁷⁸

O voto do Relator, Ministro Luiz Fux, foi no sentido do reconhecimento da paternidade biológica em conjunto com a paternidade socioafetiva a qual não foi desclassificada, pois se encontrava no registro de nascimento da requerente. E dando todos os direitos e deveres que uma paternidade possui para o pai biológico. O ministro votou negando o provimento ao Recurso extraordinário, mantendo assim o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O Ministro Luiz Fux em seu voto não desconsidera a filiação socioafetiva mesmo ela não estando definida no nascimento da requerente, pois ela decorre de apenas um simples ato de vontade que vem sendo construído com a convivência cotidiana e habitual entre o pai e a filha. A filiação biológica decorre apenas de um único ato, o fator biológico.

Supostamente o ministro Relator ao admitir as duas filiações no caso, ele demonstra que não há hierarquia entre o fator biológico e afetivo e sim uma igualação entre essas duas paternidades. Em uma parte do voto ele argumenta que: “Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do

⁷⁵ IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Atualmente, a jurisprudência admite a multiparentalidade. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/14728>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁷⁷ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 13 de julho de 1990. Art. 20. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁷⁸ IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Atualmente, a jurisprudência admite a multiparentalidade. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/14728>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos, por isso, é de rigor o reconhecimento da dupla parentalidade”.⁷⁹

O Jurista Rubens Limongi França corrobora que o parentesco é o liame que une as pessoas oriundas de uma ascendência comum, ou quer pela transmissão do poder familiar ou pelos efeitos do matrimônio.⁸⁰

Ressaltando também que a paternidade pode se manifestar de três jeitos. O primeiro seria tendo a presunção decorrente do casamento ou de quaisquer outras hipóteses legais previstas no artigo 1.597, III a V do Código Civil.⁸¹ O segundo jeito ocorre pelo fator biológico do filho com o pai e o último jeito decorre da afetividade, ou seja, da convivência e do amor entre os filhos.⁸²

A Ministra Carmen Lúcia, ao votar junto com o Relator, ressaltou que: “O amor não se impõe, mas o cuidado sim e esse cuidado me parece ser do quadro de direitos que são assegurados, especialmente no caso de paternidade e maternidade responsável. A referência não é só aos homens, mas a qualquer um dos pais. O que a gente busca na vida é o conforto, um aconchego humano, para ter a ilusão de alguma segurança. Não desconheço a importância dessa paternidade socioafetiva. Alguém que cuidou com afeto foi muito mais pai do que esse outro (biológico). Não estamos decidindo por um ou por outro, mas pelos deveres decorrentes de uma paternidade responsável”.⁸³

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898060/SC, p. 17-19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁸⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil: todo o direito civil em um só volume**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.1291.

⁸¹ BRASIL. Código Civil (2002). Art.1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I- Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II- Nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III- Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV- Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V- Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898060/SC, p. 17-19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898060/SC, p. 17-19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

A Ministra entende que por existir uma paternidade socioafetiva já reconhecida na certidão de nascimento não exonera a paternidade biológica de sua respectiva responsabilidade, com a de obrigações patrimoniais. Para Carmen Lúcia os pais e as mães biológicos não tem a obrigação de amar seus filhos, mas tem os deveres constitucionais de dar a devida assistência a eles.

Para a doutrinadora Maria Helena Diniz, o parentesco socioafetivo está baseado muitas vezes na relação de afeto que é gerada pela convivência.⁸⁴

O Ministro Dias Toffoli, ao seguir o voto do Relator, enfatizou que “Se teve o filho, tem obrigação, ainda que o filho tenha sido criado por outra pessoa”, o amor está conectado aos deveres e direitos legais que todo pai tem para com o filho, como moradia, alimentação, saúde, educação e dentre outros.⁸⁵

Em divergência, o Ministro Edson Fachin, votou dando parcial provimento ao Recurso Extraordinário, pois entendeu que o vínculo da paternidade socioafetiva já consolidada deveria prevalecer em detrimento da biológico, visto que “somente o vínculo socioafetivo se impõe juridicamente”.⁸⁶

O Ministro Teori Zavascki, divergiu que o reconhecimento da paternidade biológica não gera obrigatoriamente a relação de paternidade no ponto de vista jurídico, afirmando assim que “No caso há uma paternidade socioafetiva que persistiu, persiste e deve ser preservada”.⁸⁷

Com isso, Juraci Costa afirma que a paternidade biológica nem sempre será à verdadeira paternidade, apesar de ser imposta por uma sentença, sendo assim, nada pode obrigar

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. 26 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 469.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898060/SC, p. 17-19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

um pai biológico a exercer sua paternidade, com todos os direitos e deveres inerentes a essa paternidade.⁸⁸

Os Ministros Teori Zavascki e Edson Fachin defenderam a prevalência da paternidade afetiva sobre a biológica. Entendendo que quem cria os seus filhos independe do fator consanguíneo carrega para si todos os direitos e deveres que todo pai ou mãe tem que ter, independentemente se tem o fator biológico ou socioafetivo nessa criação. Visto que aquele que assume essa responsabilidade tem a paternidade absoluta, não sendo possível dividir os ônus ou bônus com qualquer outra pessoa.

A tese dessa repercussão geral de número 622 do Supremo Tribunal Federal, será parâmetro para quaisquer ações que versem sobre o tema firmado pela Corte, havendo assim nenhuma possibilidade de rediscutir o mérito.

Sendo assim o recurso extraordinário 898.0602/Santa Catarina, que reconheceu a multiparentalidade, que é um tema recente no direito de família, estabeleceu a igualdade de direitos e deveres entre a paternidade afetiva e biológica.

A Constituição Federal de 1988 promoveu uma mudança no campo do direito de família. Pois a família era apenas aquela formada pelo casamento entre o Homem e a Mulher, sendo um vínculo indissolúvel e tendo especial proteção do Estado, estando assim previsto no artigo 226 da Constituição Federal⁸⁹, tendo também como a presunção da paternidade do marido. O afeto não estava reconhecido no seio familiar e sim a presunção baseada no casamento.

Com a evolução da sociedade veio a quebra da influência do casamento como a única forma de constituir uma família, e foi surgindo novas formas de organizações familiar como a união estável prevista no artigo 226 da Constituição Federal⁹⁰, as famílias monoparentais

⁸⁸ COSTA, Juraci. Paternidade Socioafetiva. Revista Jurídica – CCJ/FURB, v.13, nº 26.p.127-140,2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889>>. Acesso em: 08 set. 2018.

⁸⁹BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁹⁰BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 3º Para efeitos da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

prevista também na carta magna em seu artigo 226, § 4⁹¹ e outras estruturas familiares. Dessa maneira qualquer pessoa que queria ou tenha vontade de construir uma família ela precisará ter um convívio contínuo fundamentado no princípio implícito da afetividade e sendo vedada qualquer discriminação entre elas.

Consequentemente o fundamento da família passou a ter respaldo sobre o princípio da afetividade que está subentendido na Constituição Federal promovendo o desenvolvimento da personalidade do indivíduo em direção ao direito da felicidade.

A dignidade da pessoa humana é o princípio maior previsto no Ordenamento Jurídico Brasileiro em seu artigo 1º, III da Constituição Federal⁹², quanto ao direito à busca da felicidade, que o Ministro Relator da Repercussão Geral 622 cita em seu voto, revela que os seres humanos são responsáveis pelos seus próprios destino, condutas e modo de vida. O Ministro Luiz Edson Fachin explica que, *in verbis*:

“Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.⁹³

Podemos dizer que o afeto vem sendo interpretado através do princípio da dignidade da pessoa humana, pois ele está ligado a este princípio. E a junção deles sustentam o desenvolvimento dos seres humanos perante a sociedade e o núcleo familiar.

Para Paulo Lôbo, o princípio da afetividade está implícito no Ordenamento Jurídico. E podemos encontrar na Constituição Federal fundamentos importantes do referido princípio que são: Todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem – artigo 227, § 6º. b) A adoção como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (artigo

⁹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – A dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

227, §§ 5º e 6º) c) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art.227).⁹⁴

Através da tese aprovada pelo Supremo Tribunal federal, sobre o reconhecimento concomitante das paternidades afetivas e biológicas, destacou o reconhecimento jurídico do princípio da afetividade que está implícito na constituição, pois houve uma aceitação ampla ao reconhecimento jurídico do afeto.

A Corte reconheceu também que não há hierarquia entre a paternidade biológica com a socioafetiva, equiparando as duas paternidades. O Ministro Luiz Fux deixou bem claro essa equiparação dizendo que “se o conceito de família não pode ser reduzido a modelos padronizados, nem é lícita a hierarquização entre as diversas formas de filiação, afigura-se necessário contemplar sob o âmbito jurídico todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar”.⁹⁵

3.2 Afetividade no Discurso do Exercício do Poder Familiar

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242- SÃO PAULO.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou,

⁹⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista brasileira de direitos das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister. n.5. agos/set. 2008.

⁹⁵BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.⁹⁶

Os Ministros da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça em uma sessão ocorrida no ano de 2012 reconheceram que os filhos deveram ser indenizados por pais que os abandonaram durante a infância ou juventude.

O processo que gerou essa decisão foi de uma filha em desfavor do seu pai biológico alegando que sofreu abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.⁹⁷

A sentença proferida julgou improcedente o pedido da recorrida. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o real abandono afetivo, por parte do seu pai biológico, fixando um valor de R\$ 415.000,00(quatrocentos e quinze mil reais).⁹⁸

O Recurso especial interposto pelo pai biológico alega que não ocorreu o abandono afetivo e material, e se ainda tivesse ocorrido esse abandono como foi mencionado no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a única sanção prevista na legislação que deveria ocorrer seria a perda do poder familiar prevista no artigo 1638 do Código Civil.⁹⁹

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

⁹⁹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente; V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 set. 2018.

Nas contrarrazões a recorrida reitera o seu argumento em relação a existência do abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde o seu nascimento.¹⁰⁰

Sendo assim, o recurso especial nº 1.159.24 de São Paulo, por maioria dos votos deu parcial provimento ao recurso.

A afetividade consiste, no plano normativo, no contexto dos poderes e deveres inerentes ao poder familiar. Caso o genitor realize no mundo fático tais deveres estar-se-á diante da afetividade, no plano concreto.

O discurso normativo da afetividade previsto, especialmente, no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1.593 do Código Civil encontra prática na jurisprudência brasileira.

Podemos perceber que nesse caso em tela houve o abandono afetivo. O abandono afetivo pode ser conceituado quando um pai ou uma mãe se afasta de seus filhos por conta da extinção do casamento. Os filhos ficam no meio dessa “confusão” sem saber ao certo o que está acontecendo ou o motivo da separação entre seus genitores. O Direito de família deixa bem claro que não pode ocorrer o afastamento do laço afetivo dos filhos em decorrência da dissolução da união conjugal, pois existe o vínculo de filiação que é *ad eternum*.

O afeto não se caracteriza o amor, mas sim ao cumprimento dos deveres inerentes de pais para com seus filhos, como o dever de cuidar, proteger, orientar e educar.

Para Juraci Costa, a paternidade socioafetiva pode ser definida como aquela que ultrapassa a paternidade biológica, com a primazia do afeto na convivência familiar. Sendo ela uma opção e não um dever.¹⁰¹

O doutrinador Flávio Tartuce em relação ao afeto no ordenamento jurídico ele diz que “o afeto vem sendo apontado como o principal fundamento na relação familiar. Mesmo não

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

¹⁰¹ COSTA, Juraci. Paternidade Socioafetiva. Revista Jurídica-CCJ/FURB. v.13, nº26. p.127-140, 2009.

constando na a palavra afeto na constituição como sendo de direito fundamental, pode-se dizer que ele decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana”.¹⁰²

Os pais biológicos que não detém da guarda dos seus filhos não podem e não devem deixar de estar presente em sua vida, pois a ausência desse pai ou mãe podem gerar aos seus filhos consequências irreparáveis em sua formação ou personalidade.

No Estatuto da Criança e do adolescente em seu artigo 4º, estabelece alguns deveres do Estado e da família, esse artigo assegura a qualquer criança o direito à vida, a alimentação, a dignidade, ao respeito, a liberdade e à convivência familiar e comunitária.¹⁰³

Portanto o legislador deixar bem claro que a necessidade do convívio, da presença dos pais na vida dos seus filhos durante a sua formação, pois a Constituição Federal deixa explícito a paternidade responsável,¹⁰⁴ com o intuito de que todos que queiram conceber filhos e formar uma família precisam ter responsabilidade e dever sobre essas crianças.

¹⁰² TARTUCE, Flávio. **Direito civil volume 5: direito de família**. 8 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Metodo, 2013, p. 22.

¹⁰³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 13 de julho de 1990. Art.4.º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único: A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 21 set. 2018.

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII -

A Constituição Federal ao deixar explícita a paternidade responsável demonstra que para gerar essa paternidade responsável e preciso ter a convivência e o afeto nas relações familiares. Com isso, corrobora o doutrinador Caio Mario trouxe em uma de suas obras o entendimento do Sergio Resende de Barros:

“O afeto se desenvolve e evolui como relação social. Progride socialmente. Obriga crescentemente. Vincula. Gera responsabilidades entre sujeitos. Daí porque o Direito o protege não apenas como fato individual, mas também, como fato social. O afeto é fator de outros fatos que o direito protege. A afeição é um fator social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia e saúde.”¹⁰⁵

O genitor nesse Recurso Especial argumenta que a única sanção que ele poderia receber era a destituição do poder familiar, que está previsto no art. 1638, II, do Código Civil e artigo 24 do Estatuto da criança e do adolescente.

O autor Carlos Roberto Gonçalves entende que nessa situação de perda do poder familiar: “não desobriga os pais de sustentar os filhos, sendo-lhes devidos alimentos ainda que estejam em poder da mãe”¹⁰⁶

A Ministra Relatora Nancy Andrighi decidiu nesse caso que: “Amar é faculdade, cuidar é dever”.¹⁰⁷ Com isso a Relatora deixou claro que o cuidado no Direito de família possui um valor jurídico e esse valor pode ser mensurável através da responsabilidade civil, pois é essencial no desenvolvimento dos seres humanos na sua infância. Com isso podemos perceber que a paternidade biológica ou afetiva os pais devem assumir deveres e direitos em relação aos seus filhos.

programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

¹⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 5 .22 ed. Rio de Janeiro: Forense. p.47.

¹⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 2015. p. 426.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

Podemos então dizer que na paternidade socioafetiva ou consanguínea, todos os pais assumem deveres e direitos jurídicos em relação aos seus filhos. Esses deveres e direitos estão elencados no artigo 1.593 do código civil.¹⁰⁸

No voto da Relatora podemos compreender que o cuidado é um dever e não uma escolha. E a negligencia desse cuidado hoje pode gerar grandes danos aos seus filhos, tanto materiais ou psicológicos.

Nancy Andrighi em uma parte do seu voto destaca que “o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçamento do reconhecimento da paternidade, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento aos filhos posteriores (...) Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa, tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.”¹⁰⁹

Fica claro que ao ser abandonada ou ter o tratamento desigual perante a família, fere os princípios de suma relevância do Direito de Família – A Dignidade da Pessoa Humana e Afetividade. Os pais ao ocasionar em seus filhos os sentimentos de dor, perda, desamor, faz com que o sentimento de rejeição atinja a estrutura psicológica do ser humano e há outra solução do que sair dessa situação com marcas, pois se sentir abandonado ou viver esse abandono não é algo normal pelo fato de que não temos em nossa mente a ideia que quem nos gerou a vida é quem deveriam possuir amor, carinho, cuidado, afeto e proteção nos abandonam. O Estado não pode impor um pai de amar sua filha, mas pode impor a esses pais os deveres de cuidar, de proteger e de dar assistência a essa criança.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar esse recurso especial mostra a sociedade que o cuidado ou descuido pode haver um valor. E com essa decisão acaba mostrando a realidade das varas de família, pois elas se encontram cheias de litígios formados através da omissão do afeto que seus genitores têm perante seus filhos, os quais não tem nenhuma culpa do desamor que eles praticam.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

CONCLUSÃO

Esse trabalho teve como objetivo pesquisar o discurso da parentalidade afetiva no direito brasileiro. Mostrando que no Brasil não há legislação expressa em relação ao tema da paternidade afetiva.

O direito de família vem sofrendo diversas transformações ao longo dos séculos, em decorrências das mudanças sociais. E bem antes da Constituição Federal de 1988. O Código Civil regia o direito de família e reconhecia apenas a forma de família decorrente do casamento, privilegiava-se a forma, a instituição matrimonial. Com o advento da Constituição Federal esse paradigma do conceito de família foi quebrado.

O Direito de família é o direito responsável por tutelar a entidade familiar. A família considerada pela Constituição Federal a base de toda sociedade. A família é o primeiro contato que os seres humanos têm de conviver socialmente com os outros. A família dá a eles valores sociais, morais e religiosos para o desenvolvimento da personalidade saudável. É por isso que o direito de família estabelece as normas de convivência familiar.

Com as transformações sociais o direito vem acompanhando as novas formas da constituição de família, principalmente no que tange à filiação. Com isso a carta magna marcou o Direito de família ao trazer os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e afetividade.

Perante essas mudanças podemos ver um novo modelo familiar. A paternidade afetiva mostra que: quem se vincula por laços de amor, cuidado e afeto sociais merece ser considerado mãe e pai afetivos, se equiparando aos pais e mães biológicos.

Na doutrina e jurisprudência contemporânea o afeto foi reconhecido como o principal ponto da identificação da família. Foi trazido nessa pesquisa o julgado da repercussão geral nº 622 do Supremo Tribunal Federal. Assim neste julgado foi demonstrado também que a existência da paternidade socioafetiva não exime a responsabilidade da paternidade biológica. Ambos os pais, biológicos e afetivos têm o dever de dar aos filhos assistência moral, social e financeira.

Pode-se concluir neste trabalho que a família é feita de amor e convivência, mais do que por mero registro cartorial.

Pude perceber na caminhada dessa pesquisa que família é algo completamente diferente de parente, pois família é chegada, afeto, laços espirituais e não apenas consanguíneo. É uma instituição moldada por normas regulatórias de direito e deveres familiares devendo, no entanto, tal ambiente normativo se cristalizar no mundo dos fatos através do afeto.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 13 de julho de 1990. Art.1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.
- BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- BRASIL. Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 256 das Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sumula 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJe – 187. Publicado em: 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Publicado em: 24 abr. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.
- COSTA, Juraci. Paternidade Socioafetiva. Revista Jurídica – CCJ/FURB, v. 13, nº 26. p.127-140, 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889>>. Acesso em: 08 set. 2017.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Direito de família. 23 ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 17 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, de chaves Cristiano; Rosendal, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil: todo o direito civil num só volume. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais - O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Atualmente, a jurisprudência admite a multiparentalidade. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/14728>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo. Famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. Revista brasileira de direitos das famílias e sucessões. Porto Alegre: Magister. n.5. agos/set. 2008.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro. Instituições de direito de Família. São Paulo: LED, 2000.

PEREIRA, Caio Mario. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. 18 ed. v. 5.

PIRES, Antonio Fernando. Manual de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#books/9788530970598/>>. Acesso em: 05 set. 2018.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito de família. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VASCONCELOS, Clever. Curso de direito constitucional: atualizado até a EC n.90/2015. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VENCEULAU, Rose Melo. O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 11 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011.